

EL AMPARO COMO PROCESO «RESIDUAL»  
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
PERUANO. UNA OPCIÓN RIESGOSA  
PERO INDISPENSABLE\*

Por FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI\*\*

SUMARIO

1. EL ABANDONO DE LA OPCIÓN POR UN AMPARO «AMPLIO» Y COMO VÍA PROCESAL «ALTERNATIVA», A ELECCIÓN DEL ACCIONANTE.—2. EL AMPARO DEBE REFERIRSE DIRECTAMENTE AL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AFECTADO: A) La protección de derechos emanados de la Constitución y la exclusión de los derechos de origen legal. B) El Tribunal Constitucional y la exigencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho para la procedencia del Amparo.—3. EL AMPARO COMO PROCESO CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER «RESIDUAL»: A) El carácter residual del Amparo en los casos de Argentina y Colombia. B) La supuesta inconstitucionalidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. C) ¿Cuándo resulta procedente acudir al Amparo? D) ¿Quién debe probar la procedencia del Amparo y el carácter no satisfactorio de las otras vías procesales disponibles?—4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CARÁCTER RESIDUAL DEL AMPARO.—5. REFLEXIÓN FINAL.

---

\* Este trabajo amplía lo expuesto en «La opción por un amparo “estricto” y “residual” en el Perú», ponencia presentada por el autor en el seminario internacional Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, «Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del siglo XXI», Santiago de Chile, 27 al 29 de noviembre de 2006, publicado en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, pp. 67 a 85, revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (Chile, 2006), 802 pp.

\*\* Profesor Principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de dicha universidad. Coautor del Proyecto de Código Procesal Constitucional peruano. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

## ABSTRACT

The new constitutional proceedings code in Peru establishes that those lodging a suit for defence of constitutionally protected rights may choose to do so by pleading residual or extraordinary protection under the constitution (residual or extraordinary *amparo*). This repeals the previous code, which established broad, alternative ways of dealing with constitutional protection, with the possibility of going through the ordinary courts.

*Key words:* Residual or extraordinary «amparo», constitutionally protected content of law.

## RESUMEN

El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú opta por un Amparo residual o extraordinario, para la defensa del contenido constitucionalmente protegido del derecho, abandonando su anterior procedencia amplia y alternativa, frente a otros procesos judiciales ordinarios, a elección del afectado.

*Palabras clave:* Amparo residual o extraordinario, contenido constitucionalmente protegido del derecho.

El Código Procesal Constitucional del Perú (Ley N° 28237), vigente desde el 1° de diciembre del 2004, ha buscado que el Amparo opere como un verdadero proceso constitucional de tutela de urgencia para la protección de los derechos fundamentales. Con este propósito, se han incorporado al Código diversos principios procesales que deben regir el desarrollo del proceso, así como medidas y mecanismos que hagan más efectiva la ejecución de las sentencias. Pero también se ha procurado corregir muchas de las distorsiones que han desnaturalizado el carácter de proceso constitucional del Amparo, tanto por obra del desconocimiento o inescrupulosidad de muchos abogados y litigantes, como por la permisividad o, no pocas veces, corrupción del aparato judicial, proliferando la interposición y admisión de demandas de amparo que resultaban manifiestamente improcedentes o inapropiadas para tramitarse por esta vía, a pesar de lo cual muchas de ellas obtuvieron sentencias favorables.

En este sentido, el Código ha regulado con mayor rigurosidad las causales de improcedencia del proceso de Amparo, incorporando algunos nuevos supuestos a partir de la experiencia de veinte años de aplicación de la Ley N° 23506 de Habeas Corpus y Amparo (sus normas complementarias y modificatorias) con la intención de dar respuesta a los principales problemas surgidos en este campo, recogiendo los aportes de la jurisprudencia y de la doctrina especializada nacional y extranjera.

Dos de las novedades más importantes y decisivas, que marcan un punto de ruptura respecto a la legislación nacional precedente, están referidas al establecimiento de que el Amparo no resultará procedente: 1) Cuando los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos, en forma directa, a un derecho reconocido en la Constitución o al contenido constitucionalmente protegido del mismo; 2) Cuando existan otras vías procesales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

En el presente trabajo analizaremos el sentido e implicancias de la incorporación de estos nuevos criterios que reforman la legislación peruana de la materia, configurando un proceso de Amparo más «estricto y restringido», a fin de que brinde tutela de urgencia al contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Se trata de asuntos que tienen un tratamiento aún muy reciente en la doctrina y jurisprudencia nacional, por lo que recogeremos los aportes incipientes que se vienen haciendo en este campo, sabiendo que el debate recién empieza y que sólo el tiempo y el funcionamiento concreto de estas medidas demostrarán sus aspectos positivos y negativos.

#### 1. EL ABANDONO DE LA OPCIÓN POR UN AMPARO «AMPLIO» Y COMO VÍA PROCESAL «ALTERNATIVA», A ELECCIÓN DEL ACCIONANTE

La vigente Constitución peruana de 1993 contempla en el inciso 2 de su art. 200º, dentro de las «Garantías Constitucionales», a la Acción de Amparo, «que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución...», con excepción de los protegidos por las acciones de Habeas Corpus (libertad y seguridad personales y derechos conexos) y de Habeas Data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega la citada norma constitucional que el Amparo «no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

La Ley N° 23506, vigente desde 1983, disponía en el inciso 3 de su art. 6º que el Amparo resultaba improcedente «cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria». Se entendía que esta causal de improcedencia operaba cuando el accionante del Amparo, por propia decisión, había acudido previamente a interponer una acción judicial por una «vía paralela», lo que tornaba inviable recurrir ulteriormente el Amparo. En cambio, si resultaba pertinente acudir primero al Amparo y luego, de ser necesario, a la vía judicial «ordinaria» para la protección del mismo derecho amenazado o vulnerado.

Como señalan los autores del Proyecto de Código Procesal Constitucional, debe tenerse en cuenta los motivos y las circunstancias que explican la decisión de la Ley N° 23506 de dar carácter «alternativo» al Amparo, respecto a los procesos judiciales ordinarios o especiales existentes, sujeto a la mera determinación del accionante. Tras doce años de gobierno militar (1968-80) y con un Poder Judicial falto de suficiente independencia política, la experiencia evidenciaba que la mayoría de procesos de Habeas Corpus habían sido sistemáticamente desestimados por el órgano jurisdiccional, alegando razones formales para eludir la protección del derecho vulnerado y evitar confrontación con el poder de turno. Así se señala que:

«La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley (la 23506), era facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían “otras vías” judiciales disponibles y más apropiadas. Si bien esta intención era loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso para la tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales»<sup>1</sup>.

Los inconvenientes que, a la larga, generó este amparo alternativo y no excepcional, son señalados por Carlos Mesía, quien afirma: «La jurisprudencia entendió que el verbo “optar” dejaba a libre elección del agraviado interponer el proceso constitucional u otro proceso para la tutela de su derecho. Pero esta interpretación de los procesos constitucionales como alternativos y no excepcionales trajo una serie de anomalías que pusieron en cuestionamiento las bondades de los procesos constitucionales, especialmente del amparo: a) en primer lugar que la naturaleza y racionalidad

<sup>1</sup> SAMUEL ABAD YUPANQUI, JORGE DANÓS ORDÓNEZ, FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, JUAN MONROY GÁLVEZ y ARSENIO ORÉ GUARDIA, *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, primera edición, Palestra, Lima, 2004, p. 68.

propia de los procesos constitucionales quedaba librada a la discrecionalidad del demandante; b) esa interpretación facilitó el uso a veces desproporcionado de los procesos constitucionales para la discusión de procesos que no guardaban relación con un derecho constitucional directamente protegido, sino de aspectos secundarios o de alcance legal»<sup>2</sup>.

Es por ello que el Código Procesal Constitucional abandona la opción por un Amparo «amplio» para la protección de derechos constitucionales y de su carácter de vía «alternativa» frente a los procesos judiciales ordinarios o especiales existentes. Así, al regular las causales de improcedencia de esta acción se introducen nuevos supuestos orientados a darle un carácter excepcional y se establece que el Amparo no será viable, entre otros, en los casos siguientes:

- (Cuando) «Los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado» (art. 5.1).
- Respecto a los derechos tutelados por el Amparo, «No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo» (art. 38º).
- (Cuando) «Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado...» (art. 5.2).

## 2. EL AMPARO DEBE REFERIRSE DIRECTAMENTE AL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AFECTADO

### A) La protección de derechos emanados de la Constitución y la exclusión de los derechos de origen legal

Debe tenerse presente que, en el Perú, el proceso de Amparo protege determinados derechos reconocidos por la Constitución, más no así derechos emanados de la ley. Obviamente en este elenco de derechos protegidos por el Amparo deben agregarse los que emanan de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, así como tener presente la estipulación establecida en el art. 3º de nuestra Constitución que dispone: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios

<sup>2</sup> CARLOS MESÍA, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 119.

de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

El profesor Néstor Pedro Sagüés considera que la regulación del Amparo peruano, en cuanto lo restringe a la protección de derechos constitucionales y excluye de sus alcances los derechos emanados de la ley, vulneraría el art. 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, «Protección Judicial», cuyo numeral 1 dispone:

«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales» (énfasis agregado).

Señala Sagüés lo siguiente:

«Por lo demás, tanto la Ley 23506 como el actual Código Procesal Constitucional no cumplieron estrictamente con el Pacto de San José de Costa Rica (art. 25º), ya que no tutela los derechos de mera fuente "legal". En definitiva, sería bueno adaptar el actual Código, en el tema que nos ocupa, al art. 25º del Pacto de San José de Costa Rica. Hasta que ello ocurra, de todos modos, los jueces operadores del amparo podrían efectivizarlo conforme a las reglas del Pacto, porque los principios del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, emergentes del derecho internacional público (arts. 27º y 46º, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) demandan que el Estado local ejecute las obligaciones asumidas en un instrumento internacional al que libremente se ha obligado, sin poder (en principio) alegar normas de derecho interno para eximirse de tal deber»<sup>3</sup>.

No tengo duda, conforme señala el profesor Sagüés, que el art. 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José consagra, como un derecho de la persona, contar en su ordenamiento jurídico nacional con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces y tribunales, que lo ampare frente a la violación de los derechos fundamentales reconocidos en su Constitución, la ley o dicha Convención. Sin embargo, no considero que la regulación del Amparo en el Perú incurra en una violación o cumplimiento insuficiente de la Convención cuando se restringe exclusivamente a la protección de derechos fundamentales de rango constitucional, excluyendo a los derechos emanados de la ley. Y es que el

<sup>3</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Los derechos tutelados por el Amparo (Un enfoque comparatista)», en *Derecho Procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Honrad Adenauer Stiftung – AD-HOC, Buenos Aires, agosto 2006, pp. 182-183.

Amparo peruano, a diferencia del Amparo Argentino, desde su incorporación en las constituciones de 1979 y 1993, siempre fue concebido como una «garantía constitucional» o proceso destinado exclusivamente a la protección de derechos constitucionales, lo cual es legítimo y razonable dentro de la configuración de la estructura de procesos judiciales establecida en cada ordenamiento nacional.

Ello no impide ni excluye que puedan existir otros procesos, distintos al Amparo, que resulten igualmente rápidos, sencillos y efectivos, para la protección de derechos de rango legal. Incluso el art. 25º de la Convención, del que emana el «Amparo Interamericano», reconoce expresamente la posibilidad de que exista «cualquier otro recurso efectivo», distinto al Amparo. De modo que el cumplimiento del Pacto no se vería afectado siempre que en el Perú exista un proceso destinado a la protección de los derechos constitucionales (Amparo) y otro recurso distinto, pero igualmente efectivo, para la protección de derechos de origen legal. En este sentido, nuestra vigente Constitución y el Código Procesal Constitucional consagran la Acción de Cumplimiento como otro proceso constitucional (art. 200º, numeral 6, Const.), «que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley». La amplitud de este proceso constitucional, de carácter sencillo y sumario, permitiría, en nuestra opinión, utilizarlo para reclamar el cumplimiento de derechos emanados de la ley lo que, en buena medida, estaría satisfaciendo la exigencia del Pacto y cubriendo el ámbito excluido por la regulación nacional del Amparo, circunscrito a la tutela de derechos emanados de la Constitución y de tratados internacionales sobre derechos humanos.

#### B) El Tribunal Constitucional y la exigencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho para la procedencia del Amparo

Dado el carácter de Norma Suprema que corresponde a la Constitución, es frecuente y natural que cuando ella establece los derechos fundamentales que reconoce los mencione de manera algo general, quedando la precisión de su contenido y alcances concretos sujetos al desarrollo e interpretación de la ley y la jurisprudencia. Pero esta «imprecisión» constitucional del contenido específico del derecho fundamental, ha incidido en que una de las principales distorsiones producidas en la utilización (indebida) del proceso de Amparo en el Perú, haya sido instrumentarlo para pretensiones que no se referían, en rigor, a los aspectos constitucionalmente protegidos o relevantes del derecho invocado<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, «Las distorsiones en la utilización del Amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿Cabe un amparo contra otro amparo?», en *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, pp. 219-220.

Es para remediar alguna de estas distorsiones, que los artículos 5.1 y 38° del Código Procesal Constitucional restringen la procedencia del Amparo a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho protegido. Se trata, como señala Rodríguez Santander, de «una especificación legislativa de un presupuesto consubstancial a tales procesos, proyectado desde el propio art. 200° de la Constitución, y que consiste en reconocer que aquellos se encuentran orientados a proteger derechos reconocidos de manera directa (explícita o implícitamente) por la Norma Fundamental, y no derechos de origen legal (...) que, más allá del grado de relación que puedan ostentar con algún derecho constitucional, no se encuentran referidos a su contenido constitucionalmente protegido»<sup>5</sup>.

Siendo el Amparo un proceso de carácter constitucional, destinado a la tutela de urgencia de un derecho constitucional, se quiere evitar que se lleve a esta vía extraordinaria asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias o específicas. Dada la habitual «generalidad» con que la Constitución suele recoger estos derechos, corresponderá a la jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Constitucional, determinar y delimitar dicho «contenido constitucionalmente protegido», así como a los órganos jurisdiccionales verificar su presencia en la demanda y cuestión controvertida, lo que será decisivo para la procedencia o improcedencia del Amparo promovido.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al significado del contenido constitucionalmente protegido del derecho, como objeto de la pretensión de la demanda que es exigida para la procedencia del Amparo. Así, por ejemplo, en el proceso interpuesto por Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), la sentencia del 8 de julio de 2005 empieza por precisar que la referencia a un contenido constitucionalmente protegido del derecho supone distinguir entre un «contenido esencial», que resulta absolutamente intangible para el legislador, y un contenido «no esencial», «claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados» (Fundamento Jurídico 20). Seguido lo cual se refiere al contenido constitucionalmente protegido señalando:

«21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

<sup>5</sup> ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER, «Amparo y residualidad», en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, núm. 2, agosto-diciembre de 2005, p. 99.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de «unidad de la Constitución» y de «concordancia práctica», cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto».

El TC continúa precisando que, dado que el contenido constitucionalmente protegido se vincula al contenido esencial del derecho fundamental, resulta necesario (citando a Bernal Pulido que, a su vez, sigue a Robert Alexy) distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental. Al respecto señala que:

«24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

25. (...) Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos».

En esta misma sentencia el TC ha delimitado el alcance y contenido constitucionalmente protegido del derecho a una pensión de la seguridad social, así como de los aspectos de éste que pueden o no ser admitidos para su protección mediante el proceso de Amparo. Así, el TC considera que el derecho a percibir una pensión es un derecho fundamental cuyo desarrollo y configuración quedan sometidos a la ley, aunque no todo lo establecido en dicha ley forme parte de su contenido constitucionalmente protegido. Veamos:

«32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social —de contenido económico—. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial (...).

Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al telos constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política (...).

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo».

34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia. En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional, «Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge,

queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran». (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120)».

Luego de haber precisado los aspectos centrales que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a una pensión, susceptibles de ser tutelados mediante el proceso de Amparo, la comentada sentencia del TC detalla, en su Fundamento Jurídico 37, los distintos aspectos y supuestos específicos comprendidos en dicho contenido esencial<sup>6</sup>, siendo

---

<sup>6</sup> «37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

- a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
- b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y

un precedente vinculante que deberá ser observado por los órganos judiciales para admitir o desestimar la procedencia de demandas de Amparo.

determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia (...).

- c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busca preservar el derecho concreto a un «mínimo vital», es decir, «aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.» (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. (...) el Tribunal Constitucional considera que, prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto (S/ 415 soles), deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

- d) Asimismo, aún cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
- e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.
- f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada (...).
- g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

En definitiva, los artículos 5.1 y 38° del Código Procesal Constitucional establecen un «primer filtro» de control para la procedencia del Amparo; la viabilidad de la acción dependerá de que los hechos invocados y las pretensiones de la demanda estén directamente referidos a la protección de un derecho constitucional y del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho. Corresponderá a la jurisprudencia del TC, y a su seguimiento y desarrollo por los órganos judiciales precisar este contenido esencial constitucionalmente protegido y verificar su presencia en el caso concreto.

### 3. EL AMPARO COMO PROCESO CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER «RESIDUAL»

El Código Procesal Constitucional peruano ha establecido, como una suerte se «segundo filtro» para la admisión y procedencia del Amparo, la exigencia de que no existan otras vías procesales o procedimentales que resulten igualmente satisfactorias para la adecuada protección del derecho. Con ello se adopta un Amparo de carácter residual o excepcional, siguiendo lo establecido en la normativa y jurisprudencia de países como Argentina y Colombia.

#### A) El carácter residual del Amparo en los casos de Argentina y Colombia

En la Argentina, la ley N° 16,986, del año 1966, estableció la regulación básica de la Acción de Amparo. El desarrollo doctrinal del tema en ese país, ha ejercido importante influencia en el caso peruano. Y debe tenerse en cuenta que el inciso a) del art. 2° de dicha ley señala que el Amparo no será admisible si existieran para atender idóneamente el acto lesivo y proteger al derecho afectado otros «remedios o recursos judiciales o administrativos».

Conforme explica Néstor Sagüés, «únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema plantado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo. De allí que el empleo de esta

---

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente».

especialísima acción requiere de una madurez particular de jueces y letrados: se desnaturaliza tanto al amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso»<sup>7</sup>. Como explica el propio profesor Sagüés, se trata de la tesis del Amparo subsidiario o supletorio, que surgió de la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego fue consagrada legislativamente<sup>8</sup>. Debe advertirse que la vigente Constitución Argentina, tras la reforma de 1994, el art. 43° regula la Acción de Amparo con este carácter residual, disponiendo:

«Art. 43°. *Acción de Amparo.*

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...)» (énfasis añadido).

Afirma Sagüés que una interpretación literal de la norma constitucional podría dar pie a pensar que introduciría un cambio respecto a la disposición legal precedente que establece el carácter residual o subsidiario del Amparo, tornándolo viable en forma directa o principal, como regla, a menos que exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para el amparista. Pero precisa el maestro argentino que ello no es así, porque en el debate del proceso constituyente se rechazó este criterio de interpretación y se aprobó expresamente el carácter residual, excepcional y subsidiario del Amparo, debiendo primar en la interpretación la voluntad del constituyente por encima de cualquier ambigüedad del texto, siguiendo lo ya establecido por la jurisprudencia más arraigada. En tal sentido, agrega este autor que:

«De todos modos, situaciones especiales de cada caso, objetivas y subjetivas, generalmente de especial urgencia, explican (y no sin alguna frecuencia) que los trámites ordinarios y sus medidas cautelares puedan provocar a quien los deba transitar un agravio irreparable, y que entonces sea perfectamente viable la acción de ampa-

<sup>7</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Acción de Amparo», en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo 3, Editorial Astrea, tercera edición, Buenos Aires, 1991, p. 176.

<sup>8</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «El derecho de amparo en Argentina», en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, HÉCTOR FIX ZAMUDIO y EDUARDO FERRER MAC GREGOR (coordinadores), Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Honrad Adenauer, México, 2006, p. 62.

ro. Al respecto, basta que el interesado acredite razonablemente y prima facie la falta de idoneidad para atacar eficazmente al acto lesivo e los trámites comunes, administrativos y judiciales, para que deba operar el amparo»<sup>9</sup>.

En el caso de Colombia, el Amparo recibe la denominación de Acción de Tutela. La Constitución de 1991, en su art. 86º, establece dicha acción en los términos siguientes:

«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)» (énfasis añadido).

Como se puede apreciar, la acción de tutela procede también de manera residual o subsidiaria. Conforme señala Julio César Ortiz, «se trata de un proceso judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en este sentido, la acción de tutela no es una institución procesal alternativa, y cuando procede, se activan mecanismos inmediatos, se surten actuaciones perentorias, se adelanta una substanciación preferente y los términos se hacen improrrogables. El propósito del constituyente al incorporar la acción de tutela, como lo establece el artículo 86º de la Carta Política, es que el juez constitucional administre justicia de manera expedita en el caso concreto, dictando las órdenes que considere pertinentes "para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas que acudan a esta vía excepcional, residual, supletoria y sumaria" (...)» (énfasis añadido)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>10</sup> JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ, «La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia», en *Derecho de Amparo en el Mundo*, p. 221.

El Código Procesal Constitucional peruano sigue el camino de un amparo residual y excepcional, trazado en los casos argentino y colombiano, a fin de corregir las graves distorsiones producidas por la indebida utilización de este proceso constitucional en nuestro país, que llevaron a una «ordinarización del amparo», conforme anota Eloy Espinosa-Saldaña, quien señala: «En esa línea de pensamiento, en la cual el proceso constitucional de Amparo no es pues un medio extraordinario para la defensa de los diversos derechos fundamentales (lo cual justifica el carácter sumarísimo y sin etapa probatoria que le identifica) sino más bien el medio al que regularmente puede recurrirse ante este tipo de situación, es que se alude en estos supuestos a un Amparo alternativo. Llegan entonces al Amparo peruano asuntos cuyo tratamiento es imposible abordar a cabalidad en un proceso de tutela urgente y sin etapa probatoria, características propias de este proceso constitucional en el Derecho Comparado y que también son tomadas como propias del Amparo en nuestro país»<sup>11</sup>.

B) La supuesta inconstitucionalidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional

Como ya hemos señalado, el art. 5.2 del Código Procesal Constitucional establece que el Amparo no será procedente «cuando existan (otras) vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado». Conforme señala Mesía, la expresión «vías procedimentales» debe entenderse como referida tanto a procesos judiciales como a procedimientos administrativos, que sean igualmente idóneas para la protección adecuada y eficaz del derecho afectado<sup>12</sup>. Aunque coincidimos con Eloy Espinosa-Saldaña cuando considera que hubiera sido preferible, para establecer este nuevo carácter residual del Amparo y evitar eventuales confusiones, hacer mención expresamente a las vías procesales o procedimentales<sup>13</sup>.

Esta norma, sin embargo, es considerada inconstitucional por el profesor Luis Castillo Córdova, distinguido estudioso de la materia, quien sostiene que, a partir de lo prescrito en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200º del texto constitucional, es posible afirmar que: 1) Las garantías constitucionales únicamente proceden para la defensa de derechos fundamentales; y, 2) que todos tienen a su disposición dichos mecanismos constitucionales, a fin de lograr la defensa y salvaguarda de sus derechos fundamenta-

<sup>11</sup> ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, «La consagración del amparo residual en el Perú. Sus alcances y repercusiones», en *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, ELOY ESPINOSA-SALDAÑA, coordinador, Jurista Editores, septiembre 2005, p. 149.

<sup>12</sup> CARLOS MESÍA, *ob. cit.*, p. 118.

<sup>13</sup> Cfr. ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *ob. cit.*, p. 148.

les. Por ello, concluye que el carácter alternativo del proceso de Amparo fluye de lo prescrito en la Carta Política, de allí que «incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afectación real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental»; precisando que, «la manera de que sea constitucional el acceso al procedimiento judicial ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a la vía judicial ordinaria»<sup>14</sup>.

El profesor Castillo Córdova agrega que la tutela de los derechos fundamentales, mediante el uso de las garantías consagradas constitucionalmente, constituye —en sí misma— un derecho fundamental. Para ello, se apoya en lo establecido en el artículo 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho «a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». Dicha norma habría sido concretada por el constituyente peruano mediante la regulación de los procesos de Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data.

Por ello estima Castillo Córdova que el artículo 5.2 del CPConst. vulnera las dimensiones subjetiva y objetiva del contenido constitucional del mencionado derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva); y, porque lejos de promover la correcta y plena vigencia de este derecho —de acceso a los procesos constitucionales— lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva). Adicionalmente, señala que la norma cuestionada no es respetuosa del Principio de Proporcionalidad, pues la finalidad de esta medida consistente en «lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado», no sería alcanzada mediante la previsión incorporada por el artículo 5.2. CPConst. En esta línea, afirma: «(...) nada dice acerca de la indispensabilidad del empleo del amparo. Esta (...) viene definida por (...): la exigencia que sólo procederá el proceso constitucional cuando los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 CPC) y que la agresión a ese contenido sea clara y manifiesta debido a la inexistencia de etapa probatoria (artículo 9º CPC)»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> LUIS CASTILLO CÓRDOVA, «El Amparo residual en el Perú», en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, núm. 2, agosto-diciembre de 2005, p. 71.

<sup>15</sup> LUIS CASTILLO CÓRDOVA, *ob. cit.*, p. 77.

Finalmente, afirma el profesor Castillo Córdova que no es posible intentar interpretar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional de conformidad con la Constitución, para así salvar su supuesta inconstitucionalidad. Desde su postura, la especificidad debe ser concebida como «singularidad o individualidad», por lo que sostiene que «ningún proceso general —civil, laboral, tributario, contencioso administrativo, etc.— servirá para cumplir con la medida prevista en el artículo 5.2 CPC. Debe tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal contencioso administrativa, civil, laboral o tributaria, defina en algún proceso de defensa de los derechos fundamentales»<sup>16</sup>.

Aunque compartimos la preocupación del profesor Castillo Córdova sobre los riesgos y restricciones que conlleva adoptar un proceso de Amparo con carácter residual y excepcionar, lo que obliga a un manejo razonable y prudente de esta causal de improcedencia por parte de las decisiones judiciales y de la jurisprudencia, no consideramos que el art. 5.2 del Código Procesal Constitucional sea inconstitucional. No sólo porque el carácter de tutela de urgencia del proceso de Amparo autoriza a reservarlo sólo para asuntos estrictamente constitucionales del derecho protegido, sino que habilita a diferenciarlo de otros procesos judiciales ordinarios o especiales o procedimientos administrativos que puedan resultar igualmente satisfactorios para la protección y tutela del derecho vulnerado, conforme también hacen ordenamientos jurídicos como el argentino y el colombiano, que han inspirado a nuestro proceso de Amparo o incidido en su regulación en el Código Procesal Constitucional.

Si bien la opción por un Amparo como vía alternativa, sujeta a decisión del accionante, frente a los procesos judiciales ordinarios («vías paralelas») pudo tener fundamento en la experiencia anterior a su regulación legislativa, la realidad ulterior ha sido muy diferente y, a la postre, demuestra que la continuidad de este criterio resulta contraproducente e inconveniente, pues propicia la «inflación» y desnaturalización del Amparo, congestionando los despachos judiciales y favoreciendo la corruptela en su utilización. Por lo demás, como se señala en la Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional, cada proceso tiene una racionalidad y una naturaleza propia, a ser precisadas y reguladas por la ley procesal. En consecuencia, el empleo de un determinado proceso no puede quedar librado a la mera elección discrecional del demandante, sobre todo cuando dicha libertad de opción genera efectos contraproducentes para la tutela urgente de los derechos constitucionales.

Puede ocurrir que nos encontremos ante un derecho constitucional amenazado o vulnerado, incluso en su contenido constitucionalmente protegido, a pesar de lo cual el Amparo no resulte ser la vía adecuada o más

<sup>16</sup> *Ibíd.* m p. 82.

idónea para dilucidarlo, por tratarse de un asunto complejo cuya resolución requiere de mayor debate judicial o probanza<sup>17</sup>. Así, si el demandante «escogió» la vía del Amparo, ello le resultará perjudicial pues su pretensión será a la postre desestimada, dado que no podrá acreditar la afectación de su derecho sin el concurso de una etapa probatoria o de debates técnicos engorrosos, impropios e inexistentes en materia de un proceso constitucional de tutela de urgencia como el Amparo, conforme estipula el art. 9º del Código Procesal Constitucional<sup>18</sup>.

Tampoco consideramos que la opción por un amparo residual, excepcional o subsidiario vulnere el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho Pacto obliga a los estados a prever en sus legislaciones medios procesales (que pueden ser el Amparo y otros distintos) que resulten rápidos, sencillos, eficaces y adecuados para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Por lo que, además del Amparo, pueden existir procesos judiciales ordinarios u específicos que justifiquen su utilización, en vez del Amparo, al estar dotados también de celeridad y medidas cautelares, idóneos por tanto para garantizar tutela oportuna y adecuada del derecho afectado<sup>19</sup>.

Y es que no puede olvidarse que el art. 5.2 del Código Procesal Constitucional impide la procedencia del Amparo cuando existan otros procesos o procedimientos, judiciales o administrativos, igualmente satisfactorios para la protección y defensa del derecho amenazado o conculcado. En consecuencia, no basta que existan «otros» procesos disponibles, en los ámbitos civil, laboral, comercial o administrativo; para que deban ser utilizados, y quede cerrado el acceso al Amparo. Tales procesos tendrán que resultar, en el caso concreto, igualmente satisfactorios, lo que implica que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante.

Tampoco compartimos la idea de que tales procesos o procedimientos ordinarios o especiales, para resultar «equiparables» al Amparo, deban estar específicamente referidos a la protección de derechos fundamentales; basta que alguno de los otros procesos judiciales o procedimientos administrativos disponibles resulte igualmente satisfactorio. No se trata, entonces, que tengan que existir en los distintos ámbitos jurídicos procesos judiciales o procedimientos especiales, de carácter «preferente y sumario» al estilo español, para la protección de tales derechos fundamentales por una vía distinta al Amparo. En dicho sistema jurídico, por lo demás, también

<sup>17</sup> FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, *ob. cit.*, pp. 220 a 224.

<sup>18</sup> Código Procesal Constitucional, art. 9º: «En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa».

<sup>19</sup> ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER, *ob. cit.*, p. 121.

el Amparo es subsidiario, siendo obligatorio acudir a dicho proceso judicial especial antes de recurrir al Amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, consideramos que la opción legislativa por un Amparo residual, excepcional o subsidiario, como toda opción puede resultar opinable y acarrear algunos riesgos. Pero ello no torna dicha decisión irrazonable ni menos la convierte en inconstitucional. Ciertamente es que la aplicación de este criterio disminuirá el número de amparos que se admitan, limitando significativamente su acceso y procedencia, pero ello pretende circunscribir la utilización de este proceso a asuntos que se estima propios de la tutela de urgencia de derechos fundamentales, evitando que los tribunales se abarrotan de procesos de «amparo» que carecen de verdadera relevancia o urgencia, incrementando la carga procesal y afectando la celeridad y el carácter sumario que debe caracterizar al Amparo, a pesar de existir otras vías igualmente satisfactorias hacia las que deben ser reconducidas tales pretensiones.

Así también lo entiende Espinosa Saldaña cuando señala: «En abstracto, la modificación introducida parece ser beneficiosa para reconducir al Amparo a aquellas condiciones que le permitirían a sus juzgadores cumplir con los plazos y demás requerimientos propios de este proceso constitucional. Además, puede servir para dejar paulatinamente sin sustento a algunas distorsiones y deficiencias que eran reiteradas en la regulación y jurisprudencia peruana sobre Amparo. Ahora bien, este posible mejor funcionamiento de este proceso constitucional, materia de innegable relevancia, no necesariamente puede traducirse en una mayor y mejor tutela de los derechos fundamentales del justiciable. Ello únicamente se producirá si se toman ciertas previsiones»<sup>20</sup>.

En suma, el establecimiento de un Amparo residual ha surgido como una exigencia de la realidad concreta, para corregir situaciones anómalas que desnaturalizaron y desprestigiaron a este proceso constitucional y a los tribunales. Para lograr que el Amparo constituya efectivamente un proceso de tutela de urgencia de derechos fundamentales, dotado de celeridad y carácter sumario, era necesario abandonar el Amparo alternativo y consagrar su naturaleza residual y excepcional. Por lo demás, el afectado sólo quedará imposibilitado de utilizarlo cuando exista otra vía procesal igualmente satisfactoria, evitando la indefensión o perjuicio sustantivo, lo que habrá de analizarse en cada caso por el juzgador.

### C) ¿Cuándo resulta procedente acudir al Amparo?

Habiendo optado el Código Procesal Constitucional por establecer el carácter residual y excepcional del Amparo, resulta necesario determinar

<sup>20</sup> ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *ob. cit.*, p. 150.

bajo qué criterios y en qué supuestos es acudir a él y cuándo será pertinente recurrir a las otras vías procesales y procedimentales disponibles, por resultar alguna de éstas «igualmente satisfactoria». Conforme a precisado Néstor Sagüés, un aspecto decisivo para admitir la procedencia del Amparo, y la inconveniencia de exigir acudir a las otras vías procesales disponibles, es la constatación por el juzgador de la existencia de un peligro de agravio irreparable para el accionante. Así señala:

«El amparo es viable, aún habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina, tornándose así ilusoria la resolución que en definitiva se dicte. Tal es, quizá, la directriz más clara en este tema.

El gravamen irreparable puede configurarse tanto por la lentitud del procedimiento regular, como por cualquier otra razón valedera, en función de la circunstancia del caso»<sup>21</sup>.

En el ámbito nacional, buscando responder a la pregunta de cuándo debe resultar procedente el Amparo y cuándo será exigible acudir a las otras vías procesales disponibles, por resultar en el caso igualmente satisfactorias para proteger el derecho afectado, Roger Rodríguez recoge también este criterio de la existencia de un peligro de agravio o daño irreparable, señalando:

«Cuando el legislador del CPConst. ha previsto en su art. 5.2 que el amparo no procederá cuando existan vías procesales igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional invocado, ha incorporado un requisito de procedencia (...). Es decir, a efectos de determinar si resulta o no aplicable la cláusula de residualidad, el juez constitucional debe plantearse la siguiente interrogante: ¿a la luz de las circunstancias del caso, existe grave riesgo de que la potencial o efectiva afectación del derecho constitucional invocado se torne irreparable si exijo al justiciable acudir a la vía ordinaria?»<sup>22</sup>.

En el mismo sentido apunta Christian Donayre, cuando señala: «(...) será procedente el amparo si a pesar de tener a disposición un proceso ordinario para la tutela del derecho que se invoca como amenazado o lesionado, el seguirlo, por el tiempo que puede demandar su tramitación

<sup>21</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Acción de Amparo», p. 180.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 118.

hasta la decisión final por otras razones en función del caso en específico, puede conducir a un agravio irreparable»<sup>23</sup>.

Obviamente la mayor demora que puedan acarrear otras vías procesales para la adecuada y oportuna protección del derecho afectado, son un factor importante para apreciar el peligro de un daño irreparable y determinar la procedencia del Amparo. Pero este factor tiempo y celeridad no es automático ni el único elemento a considerar para la procedencia del Amparo. Y es que dado el carácter de proceso sumario propio del Amparo, podría aparecer siempre como más rápido y eficaz para la protección del derecho frente a otras vías procesales ordinarias o especiales. No obstante, la presencia de medidas cautelares o de suspensión del acto lesivo reclamado, también existente en dichos procesos, vendría a compensar su carácter eventualmente más engorroso, pudiéndolas tornar igualmente satisfactorias frente al Amparo. De modo que el peligro de un daño irreparable al derecho habrá que analizarlo y determinarlo en el caso concreto.

Por ello resulta importante tener presente la explicación que hace Samuel Abad, respecto al significado e implicancias de la excepción a la regla del agotamiento de la vía previa, exigida para la procedencia del Amparo, a fin de evitar que la agresión se convierte en irreparable. Así comenta que «(...) cuando ella no pueda revertir la situación jurídica al estado en que se hallaba antes de la lesión, es decir, cuando de acceder a dicha vía la restitución de las cosas al estado que tenía antes de la violación resulte materialmente imposible»<sup>24</sup>. También debe atenderse a lo expuesto por Eloy Espinosa-Saldaña quien, recogiendo los aportes de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, sostiene: «La evaluación de la irreparabilidad del daño debe hacerse con criterio objetivo, sin poder alegarse la demora normal propia de cada proceso, los inconvenientes y molestias habituales para quien debe iniciar un proceso ordinario, o la inactividad del afectado para plantear oportunamente los medios ordinarios de tutela de su derecho, como elementos para justificar la inmediata interposición de una demanda de Amparo»<sup>25</sup>.

Como ya hemos indicado, la determinación de cuándo nos encontramos ante un peligro de daño irreparable, que amerite recurrir al Amparo, se debe ponderar de acuerdo a las características y circunstancias que rodean a cada caso concreto. Así, por ejemplo, Omar Cairo señala que «(...) si una persona en situación de indigencia interpone una demanda de amparo solicitando que se ordene a su empleador el pago de sus remunera-

<sup>23</sup> CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS, «El carácter residual del Amparo en el Código Procesal Constitucional peruano», en *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, p. 185.

<sup>24</sup> SAMUEL ABAD YUPANQUI, «El proceso constitucional de amparo», *Gaceta jurídica*, Lima, 2004, p. 251.

<sup>25</sup> ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *ob. cit.*, pp. 151-152.

ciones, el Juez no podrá declarar improcedente esta demanda argumentando que existe un procedimiento laboral ordinario que también protege el derecho a la remuneración. Sólo podrá rechazar la demanda en el caso que exista otro proceso que, con la misma eficacia que el amparo (brevedad y actuación inmediata), sirva para evitar que el demandante sufra un daño irreparable por no recibir de manera oportuna —en esa situación concreta de indigencia— el pago de la retribución por su trabajo realizado»<sup>26</sup>.

Es evidente que, en el ejemplo citado, el Amparo será procedente siempre que la relación laboral del trabajador y el monto de su remuneración estén claramente acreditadas, sin necesidad de probanza compleja o adicional. Y es que no puede olvidarse que, por su carácter sumario, el proceso de Amparo carece de etapa probatoria, siendo éste otro factor para determinar, en el caso concreto, la pertinencia de su procedencia o la necesaria remisión a la vía procesal ordinaria especial u ordinaria disponible. De allí que los autores del Proyecto de Código Procesal Constitucional evaluamos en su momento incluir como otra causal expresa de improcedencia del Amparo la exclusión de aquellos casos donde la acreditación de la afectación del derecho requiera de la actuación de pruebas o de un complejo debate técnico, siguiendo lo señalado en la legislación argentina. En lo personal, era partidario de este criterio pero, finalmente, se consideró innecesaria su inclusión por la existencia de otra norma que señala expresamente la inexistencia de una etapa probatoria en el Amparo.

Finalmente, no debe olvidarse el papel restitutorio y reparador del proceso de Amparo, el cual persigue reponer las cosas al estado anterior existente antes de que se produjera la amenaza o violación al derecho afectado. Esta restitución debe ser integral y lo más amplia y plena que resulte posible. En consecuencia, para que la otra vía judicial (ordinaria o especial) o administrativa disponible resulte igualmente satisfactoria que el Amparo, deberá estar en capacidad y posibilidad de brindar, en el caso concreto, un grado similar de protección y restitución del derecho afectado. De no ser así, se deberá admitir la procedencia del Amparo.

En definitiva, considero que la finalidad de adoptar un Amparo residual no se dirige a evitar que se tramiten por esta vía conflictos que carecen de relevancia constitucional; para dicho propósito ya se cuenta con el art. 5.1 del Código Procesal Constitucional. La residualidad o excepcionalidad del Amparo (art. 5.2 CPConst.) se propone evitar su utilización en casos en los que, estando incluso comprometido el ejercicio de un derecho fundamental, no se justifica acudir a este proceso constitucional debido a la existencia de otras vías procesales o procedimentales igualmen-

<sup>26</sup> OMAR CAIRO ROLDÁN, «El amparo residual en el Código Procesal Constitucional», en *Proceso y Justicia*, núm. 5, abril de 2005, p. 23.

te satisfactorias para el caso; ante la ausencia de peligro de un daño irreparable, la necesidad de un complejo debate probatorio, o la posibilidad de obtener igual restitución del derecho afectado. De este modo, la opción por un Amparo residual actúa como una suerte de «segundo filtro» para habilitar su procedencia, luego que la evaluación de la pretensión del demandante haya superado el «primer filtro» de la exigencia de estar referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho cuya tutela se invoca.

D) ¿Quién debe probar la procedencia del Amparo y el carácter no satisfactorio de las otras vías procesales disponibles?

Dado que normalmente existen otras vías judiciales o administrativas, diferentes al proceso de Amparo, disponibles para la protección del derecho constitucional conculcado, resulta importante determinar a quién corresponde esencialmente probar o acreditar que tales procesos no resultan para el caso una vía igualmente satisfactoria. Conforme señala Eloy Espinosa-Saldaña, citando jurisprudencia argentina, «es responsabilidad del demandante de Amparo alegar y probar que no existen otras vías idóneas para tutelar su derecho; si no, su demanda será declarada inadmisibles. Como bien se señalaba en el caso "Paronzini", no bastaba con la mera alegación de que no existen trámites idóneos para aceptar la inmediata interposición de una demanda de Amparo»<sup>27</sup>.

También Christian Donayre sostiene que es el demandante quien debe acreditar este aspecto, señalando: «Respecto de quién debiera acreditar o probar la inexistencia de otra vía igualmente satisfactoria, pues en estos casos la carga de la prueba recae en el demandante, es él quien se encargará de demostrar tal situación. (...) no es suficiente con alegar la situación de desamparo, sino que hay que acreditarla, pero esta acreditación debe darse con medios probatorios que permitan deducir que para el caso en concreto no existe otra vía igualmente satisfactoria (...)»<sup>28</sup>.

Por su parte Roger Rodríguez distingue entre dos elementos, de los cuáles, en su opinión, sólo uno debe ser objeto de probanza por el demandante: «Una errónea lectura (...) llevaría a la conclusión de que son dos cosas las que deben correr por cuenta del recurrente: por un lado, la demostración de que no existe otra vía regulada por el ordenamiento que permita conseguir aquello que pretende (...), y, de otro, la demostración (prima facie, claro está) de que, en atención a las concretas circunstancias del caso, existe riesgo razonable de que el daño, producido o por produ-

<sup>27</sup> ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *ob. cit.*, p. 152.

<sup>28</sup> CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS, *op. cit.*, p. 186.

cirse, se torne irreparable (...). A nuestro criterio, lo que en estricto debe pesar sobre los hombros del justiciable es sólo lo segundo. (...) pretender que sea el individuo —y no el juez— quien deba sustentar la inexistencia en el ordenamiento procesal de vías idóneas para satisfacer su pretensión, significa invertir la presunción que da lugar al principio *iura novit curia* (...), conforme al cual el juez debe aplicar el derecho (procesal o sustantivo) que corresponda al proceso, “aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente” (art. VIII Título Preliminar CPConst)»<sup>29</sup>.

Coincidimos con Rodríguez en que lo esencial que debe acreditar el demandante es el riesgo de irreparabilidad de la violación o amenaza de su derecho fundamental. Pero también, según el caso, deberá acreditar que el grado de restitución o reparación del derecho constitucional vulnerado que le ofrecen las otras vías procesales, no resulta similar e igualmente satisfactorio al que le brinda el Amparo. Naturalmente, si el propio demandante es conciente que su caso presenta alguna complejidad para apreciar si las otras vías disponibles puedan resultar igualmente satisfactorias para la protección de su derecho, será necesario que explicité las carencias o insuficiencias de éstas. Ante un caso de duda razonable respecto de la procedencia del Amparo, compartimos la opinión de Donayre acerca de que, en aplicación del principio *favor processum* o *pro actione*, la demanda de Amparo debe ser admitida<sup>30</sup>.

Ahora bien, además de los supuestos «normales» en los que las demandas de Amparo deben ser admitidas a trámite satisfaciendo el criterio de residualidad, es decir, cuando su improcedencia ocasionaría un perjuicio irreparable, Roger Rodríguez propone dos casos en los que también debieran admitirse, relativizando la exigencia contenida en el artículo 5.2. Estos supuestos, si bien no tendrían gran trascendencia subjetiva, contarían con una importancia de orden objetivo que explicaría su adopción. El primero buscaría que el Tribunal Constitucional actúe como unificador o integrador de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria, cuando ésta no brinde adecuada tutela. Así sostiene que «(...) es posible que a pesar de no ser casos de real apremio para los individuos, la jurisdicción ordinaria no identifique adecuadamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, no dispense debida protección al derecho; o, por el contrario, estime pretensiones manifiestamente infundadas»<sup>31</sup>.

Al propio autor sostiene que «(...) en estos supuestos se justificaría una interpretación objetivo-sustancial del art. 5.2 CPConst, de manera tal

<sup>29</sup> ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER, *op. cit.*, pp.113, 114.

<sup>30</sup> CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS, *op. cit.*, p. 186.

<sup>31</sup> ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER, *op. cit.*, p. 124.

que, cuando menos en un caso (aunque podría ser más), el TC prescindiera del «factor de urgencia» en perspectiva subjetiva y deje de considerar una concreta vía procesal como igualmente satisfactoria, de forma tal que pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto, proyectando el precedente vinculante (art. VII Título Preliminar CPConst) que resulte necesario para encausar o reencausar en la jurisdicción ordinaria la debida tutela del derecho o los derechos constitucionales de que se trate»<sup>32</sup>. En los casos referidos, el TC actuaría escogiendo «las causas que, a pesar de no exigir un pronunciamiento urgente por la gravedad que reviste el asunto en perspectiva subjetiva, merecerán una decisión sobre el fondo, en aras de integrar el orden normativo jurisprudencial en materia de protección de derechos constitucionales»<sup>33</sup>.

Pero además, pese a la inexistencia de una línea jurisprudencial confusa, el autor propone otra suerte de excepción a la regla de la residualidad, sugiriendo la pertinencia de que el Tribunal Constitucional «(...) conozca los procesos de amparo planteados con relación a derechos fundamentales que aún no han merecido pronunciamientos, o que se encuentran inmersos en circunstancias novedosas, y que, por tales motivos, requieren de un línea jurisprudencial dictada por el supremo intérprete de la Constitución que permita delimitar su ámbito protegido y asegurar su protección satisfactoria por parte de la jurisdicción ordinaria»<sup>34</sup>. Consideramos que se trata de propuestas bastante interesantes y que cumplen una función correctiva o previsoras, según los casos, de las decisiones judiciales.

#### 4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CARÁCTER RESIDUAL DEL AMPARO

Una sentencia expedida, no hace mucho, por el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado expresamente precisando criterios para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el carácter residual del Amparo, en materia de derechos laborales. Se trata del proceso promovido por *César Baylón Flores* (Expediente N° 0206-2005-PA/TC) cuya sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 estableció lo siguiente:

«3. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las deman-

<sup>32</sup> IBÍD., p. 125.

<sup>33</sup> IBÍD., p. 130.

<sup>34</sup> IBÍD., p. 131.

das de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo». (...)

«4. Al respecto, este Colegiado precisó que «(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario» (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6)».

«6. Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate».

Conforme puede apreciarse, el Tribunal resalta que deberá realizarse un necesario análisis casuístico para determinar cuándo la vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria que el Amparo, y cuándo no lo es. En segundo lugar, el Tribunal considera que sobre el demandante recae la demostración de que el Amparo es la vía idónea para la tutela de su(s) derecho(s), en defecto de la vía judicial ordinaria; o, en todo caso, que él deberá desvirtuar el carácter igualmente satisfactorio de las otras vías judiciales disponibles. Como ya señalamos, consideramos que el demandante debe demostrar fehacientemente la existencia de riesgo razonable de que la amenaza o vulneración de su derecho fundamental devenga en irreparable, o que las otras vías no le ofrecen una restitución del derecho similar al Amparo. A partir de tal sustentación y acreditación, el juez deberá decidir si la vía adecuada es el Amparo o alguna otra judicial ordinaria o específica disponible.

En el caso que venimos comentando, el TC ha establecido como precedente vinculante que dado el carácter residual o extraordinario del Amparo, para la protección de derechos de los trabajadores serán idóneos los procesos ante los jueces y tribunales laborales del Poder Judicial, para los trabajadores del régimen laboral privado, y el proceso contencioso administrativo, para los trabajadores sujetos al régimen laboral público<sup>35</sup>. En el

<sup>35</sup> Para un mayor análisis de la materia, puede consultarse CHRISTIAN DONAYRE MONTE-

caso específico, el TC se pronuncia sobre el despido incausado, fraudulento y nulo, estableciendo los casos en que será admisible el Amparo, de manera excepcional, en vez de las vías ordinarias, señalando:

«8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos».

«9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, T.U.O del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados».

«19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio».

---

SINOS, «El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos», en *Derechos Fundamentales y derecho Procesal Constitucional*, *ob. cit.*, pp. 157 a 192.

«20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo».

«24. Por tanto, conforme al artículo 5º, inciso 2º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra».

«25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario».

Respecto a la procedencia del Amparo, a pesar de su carácter residual, tratándose de casos de despido nulo, dejando de lado las vías ordinarias, el TC ha señalado:

«14. (...) Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

«15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cual-

quier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (...)

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental (...).

«16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente».

De este modo, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ya ha venido aplicando el carácter residual o extraordinario del proceso de Amparo en numerosos casos referidos a derechos laborales, seguridad social o cuestionamientos de actos de la Administración, así como de su atinencia sobre la necesidad de efectuar un análisis y ponderación en el caso concreto, estaría otorgando una suerte de acceso «alternativo» a este proceso a favor de grupos específicos de la sociedad, dada su condición de especial vulnerabilidad. Entre éstos grupos se encontrarían los trabajadores y sindicatos, las personas con discapacidad física o mental, y la mujer trabajadora en caso de embarazo; añadiéndose a ellos los casos de despido en supuestos de discriminación, que podrían admitirse en el Amparo a pesar de existir otros procesos judiciales que puedan resultar igualmente satisfactorios.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

Considero indispensable tener muy en cuenta lo expresado por el profesor Néstor Pedro Sagués, respecto a lo que debe ser el significado y aplicación del Amparo residual o extraordinario, señalando una pauta que debería ser objeto de especial atención por parte de los magistrados judiciales y abogados:

«(...) obliga al magistrado interviniente a realizar un cuidadoso análisis: se trata de averiguar, como requisito para admitir una acción

de amparo, si los procedimientos regulares (sean judiciales o administrativos) resultan idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado. No basta pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo; hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartó fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplarán el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantizaría constitucional de que se trate»<sup>36</sup>.

En definitiva, ciertamente la opción por un Amparo estricto, residual o extraordinario conlleva riesgos, en tanto restringe el acceso y utilización de este proceso constitucional. Sin embargo, considero que resultaba una medida indispensable y justificada, existente en ordenamientos extranjeros de los que se ha inspirado el Código Procesal Constitucional peruano, pues era necesario corregir las graves distorsiones que se venían produciendo y que desnaturalizaban groseramente el Amparo, impidiendo que opere como una verdadera tutela de urgencia para la protección de derechos constitucionales. Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando y modulando la exigencia de los requisitos impuestos por el nuevo carácter residual del Amparo peruano, a partir de los casos concretos, señalando criterios que encaucen adecuada y razonablemente su admisión y funcionamiento, sin caer en la adopción de fórmulas dogmáticas o rígidas que restrinjan injustificadamente su utilización o lo tornen en virtualmente inaccesible e ineficaz.

---

<sup>36</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Acción de Amparo», p. 179.